
WOLFGAN RÖD
(Innsbruck)

**La idea del contrato social y el problema de la
vigencia del derecho (*)**

1. EL ENFOQUE JURÍDICO EN CONTRAPOSICIÓN AL REALISTA

El orden jurídico estatal se puede considerar bajo dos puntos de vista en principio distintos: bajo el histórico-sociológico y bajo el jurídico en sentido estricto. Partiendo del primero de estos criterios, que es el realista, se presenta el Estado como una creación que hay que explicar de un modo causal-histórico atendiendo a su origen y al desarrollo de su forma; enfocado desde el punto de vista jurídico, el Estado se presenta por el contrario como un orden normativo que no hay que explicar genéticamente, sino que ha de ser comprendido retrocediendo a las condiciones de su posibilidad de tipo no causal.

Las reflexiones siguientes pertenecen en sentido estricto a la filosofía del derecho, es decir: en ellas se hace valer el punto de vista jurídico. Por consiguiente, la idea del Contrato Social será dilucidada exclusivamente como concepto jurídico. Con lo cual no se pone en duda naturalmente la importancia de las investigaciones histórico-sociológicas en el ámbito de la doctrina del Estado y de la jurisprudencia; pero al mismo tiempo hay que dejar sentado al respecto, que el enfoque analítico jurídico tiene su propia autonomía y, por tanto, no puede ser desplazado por el enfoque realista ni disuelto en él.

(*) Traducción de Antonio Sanz.

El modo de proceder de la filosofía analítica del derecho corresponde formalmente al modo de proceder de la teoría analítica del conocimiento. Así como esta teoría parte del hecho de que hay experiencia o conocimiento e intenta, pues, no reducir este hecho mismo a otros distintos, sino explicarlo, partiendo de principios generales ("condiciones de posibilidad"); del mismo modo la filosofía analítica del derecho parte del *factum* de la vigencia jurídica, es decir: de la vigencia no de éste o de aquel, sino de cualquier derecho. Este hecho es considerado como fundamental dentro del marco de la filosofía del derecho, aunque es posible naturalmente investigar, con ayuda de adecuadas hipótesis psicológicas o sociológicas, las causas de esas reglamentaciones normativas, sobre cuya vigencia la filosofía del derecho reflexiona. De modo semejante se puede preguntar en la psicología y sociología del conocimiento por los motivos psíquicos y sociales de la adquisición del conocimiento. Pero como la psicología y sociología del conocimiento no son teoría del conocimiento, no puede reducirse la jurisprudencia analítica a la sociología o psicología del derecho. Así como es posible, sin embargo, preguntar por los supuestos metafísicos de la teoría del conocimiento, de igual modo hay que tener presente desde un principio que también la filosofía del derecho descansa sobre supuestos que pertenecen al ámbito de otra disciplina normativa, es decir, de la ética. Debe indicarse que el intento de rastrear las cuestiones a dilucidar en el presente artículo sugiere, en efecto, el tránsito de la filosofía del derecho a la filosofía moral.

La diferencia entre los enfoques realista y jurídico se manifiesta claramente al ser aplicada a la idea del Contrato Social. En el enfoque histórico-sociológico la hipótesis del Contrato Social sólo puede servir para la explicación genética del orden jurídico estatal. El supuesto de que todos los Estados se hubiesen originado una vez, gracias al acuerdo de los miembros de un grupo humano, hace ya mucho tiempo que no tiene importancia alguna dentro del marco de una consideración realista; por el contrario todo habla a favor de que los Estados se hayan originado sólo en casos excepcionales mediante acuerdo en lo que se refiere a las normas fundamentales del orden jurídico.

En el enfoque jurídico, en virtud del cual el Estado no se presenta como producto creado por una realidad sometida a la ley de la causalidad, sino que se presenta como un sistema de normas, la idea del Contrato Social desempeña un papel completamente distinto al que desempeña en las teorías realistas del origen del Estado, en la medida

que esta idea no sirve para responder a la cuestión de la génesis, sino a la del fundamento de la vigencia de un orden jurídico. Es esencial de las normas y, en particular, de las normas jurídicas, que tengan vigencia, es decir, que por lo regular sean reconocidas como obligatorias. La pregunta de por qué los sistemas de normas tienen un carácter obligatorio es la cuestión decisiva de la filosofía del derecho. Una posibilidad de responderla la ofrece la doctrina del Contrato Social en la medida que intenta reducir la obligatoriedad del derecho al *factum* de que los sometidos jurídicamente se hayan comprometido de modo voluntario a la obediencia jurídica.

Con la discutible teoría de la obligatoriedad jurídica ha competido desde siempre y todavía hoy compite el intento de establecer una fundamentación al respecto en el sentido estricto del derecho natural, según el cual ciertas normas generales tienen vigencia porque se puede reconocer su validez con evidencia examinando el orden de la naturaleza (creado por Dios). El hecho de que en nuestro tiempo parezca estar la doctrina del Contrato Social retirada a un último plano se puede comprender, sin embargo, tan sólo en parte como un desplazamiento de la misma por las teorías del derecho natural, aunque sea muy digno de consideración el nuevo robustecimiento de la doctrina del derecho natural en el tiempo posterior a 1945; más bien se trata de un postergamiento del enfoque jurídico en líneas generales tras el sociológico, en cuyo marco el supuesto de un Contrato Social sólo como hipótesis del origen del Estado puede ser comprendido, es decir, mal comprendido en el sentido de la filosofía del derecho. Sin embargo, la historia de la doctrina del Contrato Social, cuyos principios se remontan a la Antigüedad, no ha llegado todavía a su fin. Cuando en los manuales de filosofía del derecho se afirma de vez en cuando que la teoría contractualista del Estado ya no fue sostenida después del primer tercio del siglo XIX, se afirma algo notoriamente falso. La sociología misma de finales del pasado siglo utiliza en ocasiones la idea del Contrato Social para poder explicar la estructura de la sociedad. De este modo consideró Alfred Fouillée (1) el pensamiento del Contrato Social como una idea regulativa que no sirve para explicar el origen del Estado. De modo semejante subrayó León Bourgeois (2) la estrecha vinculación entre la sociología y la doctrina del Contrato Social, e igualmente Emile

(1) *La science sociale contemporaine*, París, 1880.

(2) *La Solidarité*, París, 1896. Cfr., pág. 89: «Ce n'est pas ... entre l'homme et l'état ou la société que repose le problème du droit et du devoir; c'est entre les hommes eux-mêmes, mais entre les hommes conçus comme associés à une oeuvre commune, et obligés les uns envers les autres par la nécessité d'un but commun».

Durkheim se mantuvo adherido a este pensamiento del Contrato Social. Como la filosofía jurídica y sociológica de nuestro tiempo de vez en cuando también se remonta a la idea del Contrato Social para explicar con su ayuda la obligatoriedad del orden jurídico o legitimar determinadas ordenaciones jurídicas, es adecuada por eso la pregunta, de si la doctrina del Contrato Social todavía puede cumplir esa función bajo las condiciones de la filosofía actual.

2. LA IDEA DEL CONTRATO SOCIAL COMO CRITERIO DE LA "RECTA" ORDENACIÓN JURÍDICA

Si se prescinde del supuesto de un Contrato Social como hipótesis para la explicación del origen del Estado, entonces se hace patente que la doctrina jurídica del Contrato Social puede desempeñar una doble función: ya sea la de legitimar determinadas Constituciones, ya sea la de explicar la vigencia del Derecho como tal.

Ya la doctrina clásica del Contrato Social no fue en un principio afirmada de modo realista, sino que sirvió a la legitimación de determinadas Constituciones o ideales de Constitución. De este modo los representantes de la doctrina del Contrato Social en la Edad Media, rechazando un modo de pensar que abogaba por un Estado teocrático, persiguieron el objetivo de imponer la idea de una Constitución que se basaba en la soberanía del pueblo. En Hobbes la teoría del Contrato Social asume paradójicamente la función de legitimar el Absolutismo. En Kant esta teoría se convierte en el criterio que establece la "recta" Constitución Civil sobre la base de la libertad, de igualdad, la propiedad privada y la obediencia al soberano.

Igual que los representantes de la doctrina clásica del Contrato Social, opera J. Rawls (3) en la actualidad con la noción de un acuerdo, mediante el cual los individuos habrían terminado con el estado natural para hacer valer los principios de justicia, libertad e igualdad. Rawls supone al respecto que los individuos concertaron el Contrato Social en un estado primitivo de inicial igualdad, subrayando que este estado primitivo no debe ser imaginado como un estado histórico real y, por tanto, tampoco como un estado primitivo del desarrollo cultural. El estado primitivo es concebido como una situación teórica, constituida de tal modo que conduce a una determinada noción de la justicia.

(3) *A Theory of Justice*. London, etc., 1971.

Se trata, en una palabra, de una construcción teórica que tiene el objetivo de fundamentar una determinada noción del derecho y de la justicia. Rawls nota acertadamente, que ya Kant consideraba ficticio al Contrato Social. Todavía se tendrá que dar un paso más y conceder que ya Hobbes y otros pensadores teóricos del siglo XVII (como Pufendorf) concebían el estado natural al igual que el contrato original como una "ficción" —que en la terminología de la época venía a significar algo así como "construcción teórica"—, aunque siempre de nuevo se infiltraran inoportunamente las interpretaciones realistas (4). Que la noción de un estado primitivo de individuos iguales, es decir, que dicho estado primitivo llegara a su término mediante la forma del Contrato Social, es en Rawls también una construcción, se reconoce de un modo especialmente claro en el hecho de que este autor supone que los individuos en este estado primitivo no supieran nada sobre las contingentes circunstancias de su respectiva situación, mediante las cuales unos pudieran salir favorecidos y los otros perjudicados. A causa de un opaco "velo de ignorancia" nadie podría conocer su puesto en la sociedad, su pertenencia a una clase, sus aptitudes, su fortaleza física, sus conceptos valorativos, su actitud fundamental optimista o pesimista que determina su relación con el peligro. Ni siquiera esos individuos de ficción del estado primitivo podrían tener conocimiento del grado de desarrollo de su cultura, de la situación económica y política ni de su pertenencia a una generación. Mediante la ficción de un velo de la ignorancia de semejante tipo pretende Rawls garantizar que en el convenio inicial sobre los principios de la justicia todos los hombres son iguales.

El mismo Rawls ha puesto de relieve enérgicamente el carácter "Als-ob" (de "como si...") de su construcción. Según su concepción la teoría contractual afirma que sean aceptados determinados principios cada vez que se haya producido o pueda producirse una situación semejante a la que debió tener lugar al ser pactado el Contrato Social. Según esto, los principios fundamentales de la justicia son reglas, sobre las que se pondrían de acuerdo los individuos, siempre que éstos fueran seres humanos libres e iguales y se encontraran unos con otros en armónicas relaciones bajo las condiciones que supone el velo de la ignorancia.

(4) Véase al respecto: W. Röb, *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert*. München, 1970 (Abh. d. «Bayerischen Akademie der Wissenschaften», phil.-hist. Klasse, Neue Folge, H. 70).

Los principios, que según Rawls serían escogidos en el estado primitivo —es decir, el principio de la igualdad de los derechos y obligaciones fundamentales y el principio de que la desigualdad sólo es permisible cuando de ella resultan ventajas para todos los individuos— deben tener vigencia independientemente de cada ordenación jurídica positiva y deben estar a la base del orden jurídico positivo, en tanto que éste aparezca como “concretización” de los principios generales de la justicia. Hay, pues, según su opinión, una justicia positiva previa, o sea, más allá de la positiva, y en esta medida coincide su teoría con el pensamiento fundamental de la doctrina del derecho natural. Rawls rechaza ciertamente la introducción de principios prácticos cualesquiera como principios evidentes. Estos son formulados atendiendo más bien a una finalidad explicativa y sólo pueden ser justificados con la teoría en su totalidad. Los principios jurídicos más allá del nivel positivo y asimismo la ordenación jurídica construida sobre ellos son reducidos a un acuerdo, que no es representado como un acto jurídico concreto, sino interpretado en el sentido de un asentimiento implícito de ciertos principios. Según esta concepción el Contrato Social no crea en los contrayentes un compromiso recíproco al que se encuentren atados, ni tampoco debe interpretarse dicho contrato en el sentido de que él cree el orden jurídico. Con lo cual está dada una diferencia esencial entre esta concepción y las concepciones tradicionales del Contrato Social.

Rawls no se sirve, pues, del supuesto de un Contrato Social para explicar la obligatoriedad del derecho en general, sino para justificar un determinado tipo de ordenaciones jurídicas, es decir, el tipo liberal-democrático. El Contrato Social dentro del marco de esta concepción tiene primariamente la función de la legitimación. Brevísimamente se podría describir así el modo de proceder de Rawls: Hay varios tipos de ordenación jurídica, cada uno de los cuales puede caracterizarse por medio de determinados principios. Se ha de preferir aquel tipo que descansa en los principios de una clara justicia, porque, bajo determinadas condiciones supuestamente aceptables de modo general, siempre que los hombres razonablemente tuvieran que decidirse a favor o en contra de unos principios, aceptarían aquellos que son esenciales a dicho tipo de ordenación jurídica. Se trata, pues, de una teoría de la decisión racional a favor o en contra de tipos de ordenación jurídica, no de una teoría de la vigencia del derecho en general. Como en Kant, la idea del Contrato Social tiene en Rawls la función de criterio de la “recta” ordenación jurídica o social, en tanto que ésta es considerada

como "recta" cuando se la puede pensar como surgida mediante contrato.

3. EL CONTRATO SOCIAL COMO FUNDAMENTO DE LA VIGENCIA JURÍDICA

La función de la doctrina clásica del Contrato Social no se puede, sin embargo, reducir a la tarea de la legitimación de determinadas Constituciones o de determinados tipos de Constitución. Se trata, al menos desde Hobbes, también de una teoría que tiene por objeto la explicación del hecho de la vigencia jurídica en general, es decir, el hecho de que ciertas normas jurídicas por lo general sean reconocidas como obligatorias. Si se supone, como lo hacen los representantes de la doctrina del Contrato Social, que la obligatoriedad no puede basarse en la coacción o en la amenaza de la coacción (pues mediante la coacción surge un obligatorio "tener que" y no un "deber" moral), sino en el asentimiento por parte de aquellos a los que se dirigen las normas, parece que tiene que seguirse de ello que la vigencia de la ordenación jurídica como un compendio de normas supone un acto de asentimiento por parte de todos los individuos sometidos a dicha ordenación.

Si se supone que este asentimiento tuvo lugar bajo la forma de un Contrato Social, parece afirmarse que este asentimiento haya sido otorgado en un determinado momento, pero con validez para los tiempos sucesivos en su totalidad. Sin embargo, se reconoce fácilmente, que esta afirmación no se puede justificar. Un asentimiento que hubiese tenido lugar en un momento dado hace ya mucho tiempo, como había supuesto la doctrina clásica del Contrato Social, es al respecto insuficiente porque los contrayentes del Contrato Social en el mejor de los casos habrían podido comprometerse a sí mismos, pero no a sus sucesores. Además, hay que pensar que un asentimiento contractual caduca, si las condiciones esenciales bajo las que fue otorgado pierden su validez. Las condiciones bajo las que pudiera haber sido concertado el contrato inicial, según la doctrina clásica del Contrato Social, con seguridad habrían dejado entretanto de existir. Así, pues, de ahí se sigue que el contrato inicial, aun cuando alguna vez hubiera tenido lugar, habría dejado entretanto de tener validez.

La doctrina del Contrato Social no se puede salvar, sin embargo, como se ha intentado de vez en cuando en nuestro tiempo y como se intentó en el siglo xvii, por el hecho de que sea interpretada como hipotética construcción, concibiendo el Contrato Social como un acto jurídico

acontecido una sola vez. Es, pues, inútil pretender comprender al Estado, como si se hubiese originado mediante contrato, cuando el supuesto de una constante eficacia de la propia obligación, aceptada por los individuos que integran el Estado, tropieza con las mayores dificultades, por no decir que es insostenible. El asentimiento del que se habla en el marco de la doctrina del Contrato Social, puede ser por eso tan sólo comprendido como una doctrina actualizada en cada caso y que hay que renovar constantemente. Como no puede aceptarse que en cada decisión relevante, jurídicamente hablando, se de el asentimiento, actualizándolos, a los principios de la ordenación jurídica como tales, el exigido asentimiento sólo puede ser entendido como asentimiento potencial. En este sentido ya hablaron ciertos representantes de la doctrina clásica del Contrato Social de un asentimiento implícito, es decir, de un quasi-contrato. También esta pauta de interpretación ha sido seguida en nuestro tiempo. Así, H. Krüger (5) ha construido el concepto del Contrato Social en el sentido de una medida, según la cual se puedan examinar los Estados previamente existentes y en caso necesario se puedan modificar. El Estado concreto, según Krüger, tiene que estar constituido de tal modo, que cada individuo en cualquier momento pueda estar dispuesto a crearlo nuevamente en la debida forma mediante libre contrato. A la base de la teoría contractual se encuentra, según Krüger, la idea del reconocimiento del orden jurídico estatal, y no ciertamente de un reconocimiento inconsciente, tradicional y emocional, sino consciente y racional. Krüger se da cuenta evidentemente de que la exigencia de un asentimiento sólo se puede cumplir de modo concreto, cuando los ciudadanos disponen por lo menos de una pasibilidad abstracta de cooperación en la formación de las leyes como partes constituyentes de la ordenación jurídica. En el marco de una concepción semejante el término "Contrato" se convierte patentemente en una metáfora, por medio de la cual puede expresarse el hecho de que la concordancia de una mayoría suficientemente grande de miembros de una comunidad jurídica tiene que ser aceptada, atendiendo a los supuestos fundamentales del orden jurídico, para poder hacer comprensible la eficacia del mismo. Habrá que preguntarse si bajo estas condiciones la metáfora de "Contrato Social" no se vuelve innecesaria, o si incluso ello no oscurece la idea fundamental de la teoría y de este modo perjudica la comprensión de la misma. A pesar de ello el pensamiento, independiente de la metáfora contractualidad, de que la aceptabilidad no sólo puede servir como criterio de enjuiciamiento de las ordenaciones jurídicas atendiendo a su "rectitud", sino

(5) *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, pág. 981.

que, además, ofrece una posibilidad: la de hacer comprensible el hecho de la obligatoriedad de las normas jurídicas en general, y aquí lo importante es que, debido a este pensamiento, la doctrina del Contrato Social, con la que se encuentra ligado tradicionalmente, merezca consideración incluso en la actualidad. Quien no quiera escoger una fundamentación del "derecho natural" en el sentido amplio de la palabra y reconozca como demasiado estrecha una teoría del derecho basada en el mando, según la cual la vigencia jurídica se base en la amenaza de sanción ligada a las normas jurídicas, interpretadas como imperativos, tendrá que tomar en consideración la teoría del reconocimiento de la vigencia jurídica que está en la base de la teoría del Contrato Social.

4. LA IDEA DEL CONTRATO SOCIAL Y EL MÉTODO ANALÍTICO

Si uno se concentra en la tarea de explicar la vigencia del derecho, a la que, como se ha indicado, servía y sirve esencialmente la doctrina del Contrato Social, en ese caso hay que hacer constar que esta tarea se puede llevar a cabo con la ayuda del método analítico. El método de la filosofía analítica del derecho consiste en la reducción del hecho de que ciertas normas deben ser reconocidas como válidas a una serie de supuestos, de los que se puede deducir la constatación de este hecho. En otras palabras, de lo que se trata en la filosofía analítica del derecho es de encontrar los principios adecuados, con cuya ayuda el hecho de la obligatoriedad del orden jurídico pueda hacerse comprensible. Este hecho mismo es admitido como dado en el marco de la filosofía analítica del derecho, es decir, que no se ha intentado explicarlo causalmente. En el sentido de este método explicaba ya Thomas Hobbes, que él había intentado reducir la "materia" del Estado a aquellos "elementos" de los que se había formado. "Pues los elementos de los que una cosa se forma son también los que mejor sirven para su conocimiento". La determinación de los derechos y las obligaciones en el Estado debe efectuarse de tal modo, que el Estado sea considerado como si estuviera disuelto en sus elementos, es decir, que se analice el concepto del Estado (6)

Los elementos de los que aquí habla Hobbes no pueden ser materiales elementales, sino que tienen que ser supuestos elementales de la teoría de la vigencia jurídica, como muestra claramente Hobbes al describir

(6) Th. HOBBS, *De Cive*, Praef. Opp. latina, ed. Molesworth, vol. II, pág. 146.

su propio método. En la investigación de la justicia natural en el sentido del "*Suum cuique tribuere*" reconoció él la necesidad de proporcionar el fundamento por el que alguien pueda considerar algo como suyo. Bajo el supuesto de que tal cosa no puede ser de índole natural, sino que tiene que basarse en la convención, se pueden investigar las condiciones bajo las que la cuestionable convención pueda efectuarse. Estas condiciones se pueden expresar en la forma de dos máximas generales que conciernen a la generalidad del ávido deseo de apropiarse los bienes de consumo necesario y a la tendencia a evitar por todos los medios la muerte violenta. Por medio de estas máximas como principios explicativos se puede, según Hobbes, demostrar la necesidad de los contratos que fundamentan al Estado, mediante la evidente conexión de las conclusiones con los principios (7).

Gracias a estas indicaciones ya se ve que la cuestión de la que se trataba era la de explicar la vigencia jurídica en general dentro del marco de una teoría desarrollada con la ayuda del método analítico. De este modo Hobbes se manifiesta como precursor de la filosofía analítica del derecho de los siglos XIX y XX. Es patente que él, al igual que muchos de sus sucesores, estaba convencido de que, en el marco de una teoría de la vigencia jurídica, la concepción del Contrato Social era inevitable. Si esto es exacto, es lo que debe dilucidarse a continuación a la vista de la doctrina jurídica de H. Kelsen, el representante más significativo de la filosofía analítica del derecho de la primera mitad de nuestro siglo.

Según Kelsen las leyes son actos de voluntad, que son impuestos por alguien, que ha sido a este respecto autorizado por la Constitución. Kelsen parte del hecho de la validez objetiva de las normas jurídicas que cumplen la condición de ser conformes a la Constitución (8). Las normas jurídicas se basan según ello en disposiciones que (al igual que las órdenes de una autoridad) tienen el sentido *objetivo* del deber moral, en contraposición a las órdenes que sólo tienen este sentido *subjetivamente*, como por ejemplo las órdenes de un bandido. La validez objetiva tiene su fundamento en la competencia de la Instancia que decreta las normas, y esta competencia misma sólo puede basarse en una norma. Como en el regreso a sucesivas normas de fundamentación no se puede llegar al infinito, tiene que ser supuesta o *preestable-*

(7) Th. HOBBS, *De Cive*, Ep. dedic. English Works, ed. Molesworth, vol. II, p. VI; Opp. lat., vol. II, págs. 138 y ss.

(8) *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und der Rechtspositivismus*. Philos. Vorträge der Kant-Gesellschaft, 3 (1928), pág. 13.

cida una norma como última o superior que a su vez no pueda ser nuevamente establecida. Kelsen la denomina "Norma fundamental" (9). Esta norma fundamental fija las condiciones, bajo las que los imperativos puedan tener una validez objetiva; ella no es una norma, de la que, mediante especialización, pudieran ser derivadas normas menos generales. Mediante la disposición de una autoridad competente son constantemente creadas normas objetivamente válidas de contenido determinado.

Que haya una norma fundamental es algo considerado por Kelsen como un supuesto hipotético que es inevitable, más allá del cual no se puede retroceder. También la Constitución, mediante la cual se otorga el poder a las Autoridades que crean el derecho, ha sido constituida mediante actos de voluntad, a los que se puede atribuir un carácter jurídico eventual invocando a una Constitución todavía anterior; para la formación de esa Constitución anterior, sin embargo, se puede aplicar el mismo procedimiento, etc. A causa de la imposibilidad de un infinito regreso, se llega al supuesto de una primera Constitución, que sería un mero *factum* —ya que los actos de voluntad que la crearon no pudieron recibir de una Constitución todavía anterior el carácter de actos jurídicos— si no se la hiciera basar hipotéticamente en la vigencia de una norma fundamental.

Respecto a una Constitución la norma fundamental dice: "Uno debe comportarse como la Constitución prescribe". Ella exige en particular que se promulguen leyes bajo muy determinadas condiciones y que se preste obediencia a las leyes promulgadas de tal modo. La pregunta "¿por qué la norma fundamental debe tener vigencia?" ya no puede ser planteada y ni que decir tiene respondida, según Kelsen, pues una norma es justamente norma fundamental cuando no se sigue poniendo en duda su vigencia objetiva (10). Claro está que la exigencia de un comportamiento conforme a la Constitución se podría reducir a una norma superior, pero ésta parece que puede ser tan sólo una norma meta-jurídica, así por ejemplo: "Se han de obedecer los mandamientos de Dios". A este respecto se podría considerar el comportamiento conforme a la Constitución como mandado por Dios, quizá en el sentido de la palabra del Apóstol: "Sométase cada cual a la autoridad superior" (Rom. 13,1).

(9) *Reine Rechtslehre*. 2. Auflage, Wien, 1960, págs. 196 y ss.

(10) *Ibid.*, pág. 205.

El supuesto de Kelsen de una norma fundamental guarda relación con la restricción del enfoque analítico del ámbito normativo, o sea, con el postulado de la pureza metódica. Según Kelsen el derecho sólo puede ser comprendido partiendo siempre del derecho y nunca de los hechos (por ejemplo, de un querer, de una orden como proceso psíquico). Con otras palabras, uno puede retroceder hasta las condiciones más generales de la posibilidad del derecho, que son en sí mismas principios normativos; lo que trasciende el ámbito normativo es "historia" o "política", pero no filosofía del derecho o filosofía del Estado.

A la concepción de Kelsen se le ha dirigido una y otra vez el reproche de la parcialidad, al que iba unida la exigencia de explicar esta parcialidad misma de modo sociológico. Así, Schmitt suponía que el intento de Kelsen de reducir el concepto de Estado al de orden jurídico correspondía a la antigua negativa liberal del Estado frente al derecho, lo que equivale a ignorar el problema autónomo de la realización del derecho. La concepción de Kelsen de la jurisprudencia como ciencia normativa desemboca, según Schmitt, en la concepción de una normatividad pura, que nada tiene que ver con la valoración por parte de los individuos y su libre acción. Los valores aparecen, según esta concepción, ciertamente como algo objetivo que carece, sin embargo, de la conexión con aquella realidad en la que se toman las decisiones jurídicas (11). También W. Hennis (12) intentó presentar la concepción del Estado, de Kelsen, como expresión de Liberalismo. Le reprochó indiferencia respecto al mundo de la política. Según esta concepción no habría que temer nada del Estado liberal como tal Estado, pero, a excepción de la seguridad jurídica, no habría que esperar tampoco nada de él. Particularmente Hennis reprochó al autor de la "Jurisprudencia pura" (Reine Rechtslehre) indiferentismo respecto a la democracia y que ello era una consecuencia de su relativismo teóricamente constitucional. En una dirección semejante se mueve la crítica hecha a Kelsen por H. Kuhn (13), según la cual el Estado sería un sistema de conceptos abstractos desligado de sus condiciones políticas y sociales. Pero semejante abstracción estaría en contradicción, sin embargo, con la esencia del Estado. También ve Kuhn en la doctrina del Estado de Kelsen, como puro ensamblaje de normas, la expresión de esa apoliticidad que caracterizaba a la clase media en la Alemania de la Época Guillermina.

(11) C. SCHMITT, «Soziologie des Souveränitätsbegriffs und politische Theologie». In: *Hauptprobleme der Soziologie*, II, München und Leipzig, 1923, pág. 15.

(12) W. HENNIS, *Politik und praktische Philosophie*, Neuwied, 1963, pág. 36.

(13) H. KUHN, *Der Staat*, München, 1967, pág. 41.

Habrá que preguntarse, si la crítica, acabada de indicar, que se hace a la posición de Kelsen está justificada. Kelsen no tenía intención de rechazar los enfoques históricos y sociológicos propiamente dichos como ilegítimos, sino que él reconocía que la cuestión de la vigencia jurídica, a la que dedicó su atención, no podía ser resuelta principalmente con medios históricos y sociológicos. El vi  claramente que, si con ayuda del método analítico se puede buscar una respuesta para el hecho de que el orden jurídico estatal sea reconocido como obligatorio, entonces los principios, a los que, en el marco de este método, se pueden reducir los contenidos objetivos necesitados de explicación, tienen que ser fundamentalmente de la misma clase que estos. Es decir, que los contenidos objetivos normativos pueden hacerse siempre comprensibles solamente por medio de principios normativos. El postulado de Kelsen de la pureza metódica no es, por eso, ninguna exigencia arbitraria que pudiera ser dejada de lado de cualquier manera, sino que es algo que resulta, a causa del carácter del método que en el fondo subyace. Igualmente la cuestión del fundamento de la vigencia jurídica no es una cuestión arbitraria, sino una cuestión central de cada filosofía del derecho. Por eso es ocioso preguntar, si esta cuestión ha de entenderse sociológicamente como expresión de un desarrollo social bien determinado. Aun cuando puedan proponerse dilucidaciones sociológicas referentes a especiales supuestos en cuanto al contenido, es la cuestión de las condiciones de posibilidad de la obligatoriedad del derecho como tal una de las "eternas" cuestiones de la filosofía del derecho y de la filosofía del Estado, si no es la cuestión a causa de la cual se pueda hablar en general de una filosofía del derecho y una filosofía del Estado y no sólo de dilucidaciones inmanentes al derecho en el sentido de la jurisprudencia.

5. LA TEORÍA DEL RECONOCIMIENTO DE LA VIGENCIA JURÍDICA

Sin embargo, la teoría de Kelsen no debe ser defendida contra todo ataque posible. En particular hay que tomar en serio la objección de que la norma fundamental postulada: "Uno debe comportarse como la Constitución prescribe" no ha resuelto tanto el problema, con el que tiene que ver la filosofía analítica del derecho, sino que más bien parece negarlo. Cuando se trata de resolver el problema, reduciendo la obligatoriedad a una norma aceptada, cuya vigencia es supuesta, entonces el problema tan sólo es desplazado a la norma fundamental, respecto a la cual dicho problema tendría que ser planteado igualmente, si al mismo tiempo no fuera declarado como inadmisibile de un

modo expreso. Así, pues, parece como si Kelsen no hubiese desatado el nudo gordiano, sino cortado de un tajo. Según su opinión hay que aceptar que la norma fundamental tiene vigencia y ésta dice que se debe obrar en conformidad con el orden jurídico. Así, pues, el orden jurídico tiene vigencia.

En este punto se hace patente una diferencia decisiva respecto a la fundamentación contractualista de la vigencia jurídica. Mientras que ésta opina que la validez del orden jurídico se puede reducir a un contrato, al menos implícito, de todos los individuos sometidos a él, Kelsen rechaza de plano una reducción de la norma fundamental a un contrato o a un acto de reconocimiento o de asentimiento. Puede intentarse explicar semejantes actos de un modo genético por medio de la psicología y quizá de la sociología, pero, sin embargo, ellos no constituirán ninguna relación de tipo jurídico, porque los principios meta-jurídicos no son adecuados en ningún caso para fundamentar la validez objetiva de las normas. De modo semejante argumentó G. Radbruch en contra de la teoría del reconocimiento de la vigencia jurídica, explicando que un deber moral, o sea, una obligación de obediencia jurídica, no podía ser nunca algo producido por un imperativo entendido como acto de voluntad, ni tampoco mediante el propio querer (14). Del mismo modo que hay que rechazar todo intento de fundamentar la obligación a la obediencia jurídica en una voluntad extraña, igualmente hay que rehusar reducirla a una propia obligación del individuo autónomo.

Kelsen tendrá que conceder que las normas sólo pueden ser fundamentadas con la ayuda de principios normativos, del mismo modo que los enunciados no normativos pueden fundamentarse con ayuda de premisas que tengan el mismo carácter que éstos. Hay que reconocer, por tanto, el postulado de la pureza metódica comprendido de este modo. Pero se puede preguntar si se recurre con razón a este postulado en el caso del regreso a la norma fundamental hipotética, es decir, si el rechazo de cualquier intento de otro tipo, en particular del intento contractualista de la fundamentación de la vigencia jurídica, puede ser justificado con ayuda de este postulado. Kelsen ha supuesto que la validez del orden jurídico representa un contenido objetivo normativo. Aunque las leyes tengan el carácter de normas, el contenido objetivo de que una norma es válida no tiene que poseer a su vez por sí mismo este carácter. Si Kelsen no quiso reconocerlo, ello se debe a que

(14) G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6. Auflage, Stuttgart, 1963, pág. 136.

su opinión está influida por el Neokantianismo, a causa de ello "Gelten" ("ser o estar vigente") significa un especial modo de ser radicalmente distinto del ser de los hechos. Las normas *son vigentes*, según Kelsen, independientemente de que sean eficaces o no (15). Por eso, según su opinión, se puede captar el sentido de las normas sin tender a la pregunta de si ellas llegan a ser de facto o no. El rechazo por parte de Kelsen de todo tipo de teoría de reconocimiento guarda relación con su ontología, según la cual "Gelten" ("ser vigente") y "Sein" ("ser") pertenecen a dos ámbitos de la realidad, separados por un inconciliable hiato que no se puede salvar mediante ninguna argumentación lógica. Si no se acepta este supuesto ontológico, no se puede ver por qué no debe intentarse, por medio de supuestos, hacer comprensible el contenido objetivo de la vigencia de las normas que en sí mismas no tienen un carácter normativo, recurriendo por ejemplo al acto del reconocimiento por parte de aquellos a quienes las normas se dirigen.

Aquí merece la pena observar, que Kelsen parece de vez en cuando acercarse a esta solución, así, por ejemplo, cuando él declara: "A la pregunta: ¿quién establece la norma fundamental?" responde la pura jurisprudencia, que es quien siempre interpreta el sentido subjetivo del "acto constituyente" y de los actos establecidos conforme a la Constitución como sentido objetivo de la misma, es decir, como norma objetivamente válida" (16). El añade ciertamente que "esta interpretación es una actividad del conocimiento y no de la voluntad" y subraya (17) que la doctrina de la norma fundamental no es ninguna forma de la teoría del reconocimiento, pero como, según su opinión, las normas nunca son establecidas mediante el entendimiento como facultad cognoscitiva, sino constantemente mediante la voluntad, puede también ser comprendido consecuentemente el establecimiento previo de la norma fundamental sólo en la forma de un asentimiento previo de la voluntad. Las reservas de Kelsen respecto a la teoría del reconocimiento conciernen a una forma muy especial de la misma, que se caracteriza por medio del principio: "El individuo sólo debe hacer lo que el mismo quiera". Bajo esta segunda versión se hace dudosa en efecto la teoría del reconocimiento, ya que es patente que en muchos casos deben obedecerse normas especiales, aunque no sean queridas por numerosos individuos. Si se restringe la teoría del reconocimiento, sin embargo, al orden jurídico, o sea, a sus fundamentos, y se interpreta

(15) H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, 1922, pág. 76 N.

(16) H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., págs. 208-209 N.

(17) *Op. cit.*, pág. 225 N.

el "reconocimiento" no en el sentido del asentimiento actual en cada caso, sino de un asentimiento más general y formal, entonces deberán perder su validez las objeciones de Kelsen. Si se entiende "reconocimiento" en el sentido del en cada caso actual asentimiento del individuo, entonces no es suficiente la teoría del reconocimiento, en efecto, para hacer comprensible la vigencia jurídica; si se concibe por lo contrario esta expresión en el sentido de un *asentimiento implícito universal*, entonces parece ser la teoría del reconocimiento absolutamente adecuada para explicar la vigencia del orden jurídico. Si cada uno está de acuerdo con el orden jurídico con la condición de que también todos los demás lo hagan y desde luego con el supuesto de que él dé su asentimiento, entonces esta idea de la unión de las voluntades ("unio voluntatum"), de la que la doctrina clásica del Contrato Social había hablado, se hace eficaz. Naturalmente que no podrá hablarse de la creación de una *volonté générale* en el sentido de la posibilidad de explicación aquí formulada. En la medida que esta idea —por oscura que sea— sea eficaz para la orientación de la mayoría de los individuos que están sujetos a una ordenación jurídica, será interpretada dicha ordenación como objetivamente válida, aun cuando éste o aquel individuo rehuse a dar su asentimiento.

La obligatoriedad, interpretada a la luz de una voluntad general, no hay que comprenderla ni en el sentido de un puro deber moral, es decir, de un "ser vigente" o tener vigencia (como en el caso de Kelsen o de Radbruch) ni en el sentido de una mera coercitividad. Si se comprendiera la obligatoriedad del orden jurídico en el primer sentido, habría que considerar, en efecto, para obtener una explicación sólo los principios normativos objetivos, ya que un deber moral objetivo no puede ser reducido, como Kelsen siempre subrayó, a un acto de voluntad subjetivo. Si se la comprende en el segundo sentido, entonces la explicación tendrá que remontarse a los factores de la imposición de normas, es decir, al poder de la Instancia que decreta las normas, la creencia por parte del que se somete a la norma en el poder o competencia de la Instancia que las decreta, etc. La primera de ambas concepciones puede hacer verdaderamente comprensible la objetividad de la vigencia jurídica, pero sólo al precio del discutible supuesto de un "ser vigente" o tener vigencia, de índole ideal, que debe estar separado del ámbito de la verdadera realidad mediante una distancia que hay que franquear. La segunda concepción evita este dualismo, pero no corresponde en cambio al carácter de deber moral de las normas jurídicas. En donde se habla de la obligatoriedad en el sentido de la coercitividad no hay, estrictamente hablando, ningún deber moral, sino tan

sólo un forzado "tener que". Aun cuando puedan, en verdad, ciertas prescripciones especiales (como por ejemplo la de tipo jurídico referente a los impuestos) ser experimentadas como un obligatorio "tener que", no tienen, sin embargo, este carácter en modo alguno los principios más generales de una Constitución. Las exigencias de la igualdad jurídica, del respeto a la dignidad humana, del libre desarrollo de la personalidad, las experimentamos con el carácter de deber moral y no con el carácter del obligatorio "tener que". Lo mismo es aplicación también a las exigencias especiales, como por ejemplo, las de la proporcionalidad entre acción punitiva y castigo.

Parece ser que el camino más adecuado para hacer justicia al hallazgo fenomenológico es el indicado por la teoría del reconocimiento, que evita tanto el extremo idealista del supuesto de un "ser vigente", ontológicamente independiente, como el extremo naturalista de un concepto del derecho reducido al de derecho de coacción.

Con la teoría del reconocimiento se encuentran establecidas de un modo claro referencias que presentan ciertas concordancias con una relación contractual, así, por una parte, el momento del asentimiento, por otra, el de la reciprocidad. Pero al mismo tiempo no se debe pasar por alto que entre un contrato y el aceptado asentimiento al orden jurídico existen profundas diferencias, sobre todo la de que un contrato sólo puede llevarse a cabo sobre la base de una actual declaración de voluntad, mientras que el reconocimiento del orden jurídico debe ser solamente implícito. Además de esto la teoría del reconocimiento no podría sostenerse, si ella encontrara aplicación a todas las normas jurídicas especiales, antes bien, sólo puede afectar a los fundamentos más generales del orden jurídico y es, según ello, relativamente formal. Si a pesar de lo cual uno se decide a denominar como "Contrato" a aquel momento del reconocimiento, al que se puede reducir la vigencia del orden jurídico, entonces no hay que perder de vista que uno se sirve de una metáfora que sólo pone de manifiesto un aspecto de lo mencionado y otros aspectos, en cambio, no, y por eso, en parte, induce al error (18).

Mientras que el reproche, de que la noción de un Contrato Social implícito no sea suficientemente precisa, puede ser elevado al rango jurídico, esta dudosa concepción está expuesta injustamente a otro reproche, formulado con frecuencia, es decir, el reproche del extremo

(18) J. W. GOUGH, *The Social Contract*, 2nd ed., Oxford, 1963, págs. 252 y sgg.

individualismo. Este reproche está justificado tan sólo en cuanto se parta de una concepción histórico-realista del Contrato Social (la cual, como antes se indicó, está ya fuera de lugar). Pues sólo cuando el Contrato se concibe como convenio de una pluralidad de individuos, que no están unos con otros bajo ningún tipo de relaciones jurídicas, se presenta como un acto de átomos sociales ficticios.

Por el contrario, en el marco de la teoría del reconocimiento de la vigencia jurídica, no se puede partir en modo alguno de individuos aislados, originalmente independientes respecto al orden jurídico, de tal modo que en el marco de esta concepción el reproche de individualismo no tenga lugar.

Respecto al reconocimiento implícito, al que en la teoría del reconocimiento se reduce la vigencia jurídica, puede preguntarse naturalmente, por qué ella se da o debe darse. Si se pregunta por qué se reconoce el orden jurídico fácticamente, se podrá responder indicando los motivos, o sea, las expectativas que dominan a los individuos en atención a la vida en común ordenada jurídicamente. Si se pregunta por qué el orden jurídico debe ser reconocido, entonces se entra en el ámbito de la filosofía moral. "En el marco de qué concepción de la filosofía moral se pueda resolver el problema de la vigencia" es una cuestión que no está en modo alguno decidida mediante esta formulación propia de la filosofía del derecho. Así pues, es en principio pensable por ejemplo una respuesta de tipo ético-obligatorio, como lo son las respuestas utilitaristas, y ciertamente diferenciadas según los supuestos axiológicos que en cada caso se elijan.

Sin embargo, aquí no se puede abordar el aspecto ético del problema de la vigencia, ya que se encuentra más allá de la demarcación establecida por el presente tema. No obstante, hay que acentuar que la dilucidación del problema de la vigencia permite que aparezca como consecuente el paso al ámbito de la filosofía moral, sin que sea eliminada de este modo la diferenciación entre derecho y moral: La relación entre ambos ámbitos sólo puede ser afirmada en relación a la vigencia de un orden jurídico en general, pero no en relación a sus contenidos. Derecho y moral permanecen independientes entre sí, puesto que una ley positiva no se vuelve ineficaz por el hecho de que una máxima moral sea contraria a ella, y viceversa, las exigencias morales no son, en cuanto tales, obligatorias en sentido jurídico. La relación aquí aceptada entre derecho y moral está, en una palabra, restringida

al momento formal de la vigencia jurídica. Tampoco es una relación entre el derecho y una determinación moral, sino que existe sólo en la medida que la explicación del reconocimiento implícito, con cuya ayuda se intentó explicar la vigencia del derecho, significa el paso al ámbito de la filosofía moral. Según esto, se tendría que incluir la teoría contractualista de la obligatoriedad jurídica dentro de una amplia teoría ética que la abarcara. Si es cierta esta concepción, se ha alcanzado con ella una consecuencia de considerable importancia sistemática, en la medida que se vea claramente que la filosofía moral, aun cuando en el contexto de la explicación de la filosofía del derecho es "posterior" a ésta, es en sí misma ciertamente "anterior".